

# 「設立中の会社」という概念は必要かつ有益か（中）

——株式会社の法的構造 七の中——

鷹 巢 信 孝

一 はじめに

二 「設立中の会社」の法的性質・目的・成立時期……………以上三二巻六号

三 発起人の任務・行為の効果・責任……………以上本号

四 むすび

## 三 発起人の任務・行為の効果・責任

一 株式会社が成立する前の段階において、会社の前身ともいうべき法人格のない団体である「設立中の会社」の存在、およびこれと成立後の会社との間に、団体としての実体の同一性を認め、「設立中の会社」の業務執行機関である発起人の行為の効果が「設立中の会社」に帰属しているが故に、成立後の会社にも当然に帰属すると解する同一性が今日の通説となっている。しかし、この同一性は細かいところに至るまで統一された学説になっているわけではなく、多くの点において足並は乱れている。

例えば、「設立中の会社」の法的性質や目的をどのように解し、その成立時期をどの時点に求めるのかという基本的な問題について、見解が対立していることは前章で見たとおりである。この他にも、「設立中の会社」の業務執行機関とされる発起人の職務権限をどの範囲まで認めるのか、商法一九三条や一九四条の発起人の責任をどのように解するのか、そして、会社が不成立になった場合に「設立中の会社」の存在はどうなるのか、といった重要な問題について見解が対立した状況が続いている。

同一性説の内部において、このような見解の対立はあるものの、会社成立前に「設立中の会社」なる団体の成立を認め、発起人をその業務執行機関と構成する理論の有用性・必要性を疑うまでには至っていない。というのは、このような構成をすることによってこそ、発起人の行為の効果が成立した会社へ帰属することを円滑に説明できると解しているからである。<sup>(一〇三)</sup>「設立中の会社」という概念が株式会社社の設立過程を説明するための便宜、ないし技術的概念とされる所以である。<sup>(一〇三)</sup>

注(一〇三) 前掲・注(八四) 参照。

二 しかしながら、「設立中の会社」の成立を認め、発起人をその業務執行機関と解したとしても、発起人の行為の全てについて、「設立中の会社」の業務執行機関の行為として説明しうるわけではない。

例えば、発起人による定款の作成は、「設立中の会社」の成立時期をどの時点に求めるにせよ、これを「設立中の会社」の業務執行機関としての発起人の職務権限に基づく行為として説明することは出来ない。

というのは、「設立中の会社」の成立時期を設立手続の最も早い時点に求めて、発起人による定款作成時と解する<sup>(一〇四)</sup>にしても、この定款作成によって「設立中の会社」は成立し、発起人はこの団体の業務執行機関となるのである。

したがって、「設立中の会社」の業務執行機関としての発起人が「設立中の会社」のために定款を作成すると解するのは論理的に矛盾しており、会社の設立を目的としている発起人、ないし発起人組合が自らの任務として行っていると解するほかはない。そして、定款の作成は「設立中の会社」の業務としては行われえないのであるから、発起人の作成した定款は当然には「設立中の会社」の定款に成るわけではなく、したがって当然には成立後の会社の定款となるわけではないという結論にならざるをえない。

なお、定款作成によって「設立中の会社」は成立するとされる八木博士は、通説のように定款の作成と発起人による株式引受によって「設立中の会社」が成立するという立場を採るならば、「設立中の会社」が成立する前の段階において発起人がなした行為、例えば公証人に対して定款の認証を求めることや、財産引受の約束を締結することの効果はどこに帰属するのかという問題が生じ、「設立中の会社のさらに前身」を認める必要が出て来ないだろうか<sup>(一〇五)</sup>と疑問を呈されている。

しかし、「設立中の会社」の成立につき定款作成時説に立ったとしても、財産引受に関して、さらには定款の作成そのものについて同じ疑問が生じてくる。のみならず、定款が作成されただけで、未だ機関の組織体が形成されていない段階において、会社の前身たる非法人社團、ないし財団の成立を認めえないことは前章第七節・第八節において検討したところである。

発起人の作成した定款が「設立中の会社」の定款となり、したがって成立した会社の定款となることを無理なく説明するためには、最初期段階の「設立中の会社」は発起人から成る組合であり、定款とは発起人によって締結される組合契約であるとする松田説のような構成を採るほかはないであろう。しかし、前章第三節において検討したように、松田説には組合と社團の区別・連関づけという、最も基礎的な部分に理論的な難点があるだけでなく、「設立中の会社」と発起人組合の区別・連関性も曖昧になっている。

そのために、組合契約を書面に認めたとされる定款は、発起人が将来の会社のために部外者として作成するものなのか、組合としての「設立中の会社」の構成員として作成するの<sup>(一〇六)</sup>か判然としていないだけでなく、「設立中の会社」の機関としての発起人が定款を作成するの<sup>(一〇七)</sup>か、それとも定款の作成によって発起人は「設立中の会社」機関となるのか、という点についても表現が極めて混乱している。

のみならず、松田説のように最初期段階の「設立中の会社」を組合と解するのであれば、発起人が出資者の立場で締結した組合契約が定款なのであるから、発起人が将来の会社のために、その外部において定款を作成するとか、「設立中の会社」の機関として定款を作成するというのでは論理的な矛盾の表明以外の何ものでもない。

注(一〇四) 前章第七節参照。

(一〇五) 八木・注(五) 一三二頁以下。

(一〇六) 前掲・注(二六)・(二七) 参照。

(一〇七) 前掲・注(二七)・(二八) 参照。

三 通説のように、「設立中の会社」の成立時期を発起人が定款を作成し、かつ最低、一株を引受けた時と解する場合には、定款の作成はもとより、変態設立事項として定款に記載すべき財産引受を「設立中の会社」の業務として説明しえないのは当然である。

その結果、これらの行為を行う上で経費がかかった場合、その行為は「設立中の会社」の機関として行っただけではないから、設立費用として発起人から会社<sup>(一〇八)</sup>に求償したり、債権者が会社に対して直接、請求することが出来るのか、という問題が生じる。さらに、発起人が「設立中の会社」の機関となる以前に行った、これらの行為に関し

て、商法一九三条の責任を問うことが出来るのか、という問題もある。<sup>(一〇〇)</sup>

これらの問題につき、肯定的な解答を出すにしても、発起人は「設立中の会社」の業務執行機関として、その権限内において行ったとか、行うべきであったという理由づけをすることは出来ない。まして、私見のように、設立当初の発行予定株式総数について引受と払込があり、取締役や監査役が選任され、設立手続の検査や調査が完了し、設立を廃止しないことが確定した時に、法人でない社團としての「設立中の会社」は成立すると解する立場からすれば、発起人は「設立中の会社」の業務執行機関ではありえない。

したがって、右に列挙した行為のみならず、現物出資の受領や募集設立における株式の募集や割当ても「設立中の会社」の業務執行機関としての行為ではないし、発起人以外の者の一般の株式引受を「設立中の会社」への入社契約と解することは出来ない。また、会社不成立の場合にも、遡及的に消滅することになったり、目的達成不能により解散すべき「設立中の会社」は成立していない場合が多いことになる。

だとすれば、私見の立場から、これらの事態を説明するには、誰から頼まれたわけでもないのに、自らの危険と責任において、会社の設立を企てた発起人の個人的な行為（一人設立の場合）、あるいは発起人組合としての団体的行為、およびそれに伴う責任として説明するほかはないことになる。

それでは、会社設立の企画者たる発起人個人として、あるいは発起人組合の業務執行者として行った行為の効果は、どのような法的根拠に基づいて、成立した会社に帰属するのであるうか。この点について検討することにより、「設立中の会社」という概念は有益ではないが故に必要ではないとする私見も具体的な説得力を備えることになるであらう。

四 まず、定款であるが、発起人が作成した段階においては、将来、設立登記を経て会社となるべき団体の定款の草案にすぎず、真の意味での定款、即ち団体の基本組織や規模を定めて、機関構成員を拘束する自治規範<sup>(一〇九)</sup>とはなっていない。けだし、この段階では、機関の組織体としての社团は成立していないからである。

それでは、この定款の草案は、いつ、いかにして、真の定款になるのであろうか。その実体が組合である合名会社の場合には、複数の出資者が「共同して事業をする意思」をもって結合する、即ち組合契約を締結することによって、定款は確定する（民六六七条一項・商六二条）。

これに対して、社团である株式会社においては、複数の出資者が「共同して事業をする意思」をもって結合するわけではなく、「事業をさせる意思」をもって出資しているにすぎない。それだからこそ、一人会社を設立することも可能なのであるが、出資者側の「事業をさせる意思」に対応した「事業をする意思」の担手として、機関の組織体を形成しないことには社团という共同事業体は成立しえないわけである。<sup>(一一〇)</sup>そして、社团が形成されるときには、定款の草案も社团の定款として確定されることになる。

つまり、定款の草案を参考にして「事業をさせる意思」を固める方向に傾いた出資予定者（株式引受人）は、取締役や監査役を選任することにより、定款の草案に予定された機関、即ち「事業をする意思」の担手を準備することになる。そして、わが商法の下では、検査役の検査や、選任された当初は調査権限しか有しない取締役や監査役の調査が終了し、発起人が作成していた定款の草案が変更されないまま、あるいは必要な変更を受けて内容が確定され、設立廃止を決めることなく、設立登記以外の全ての設立手続が完了したときに、社团は成立する。

したがって、この時点において、発起人の作成した定款の草案は、変更を受けないまま、あるいは必要な変更を受けて、出資者の「事業をさせる意思」に支えられた社团の定款となつて、機関の「事業をする意思」を根拠づけるとともに機関を拘束する自治規範として制定され、団体の根本規範として確定されることになる。

このように、設立廃止を決めないで、登記を除いた全ての設立手続が終了すれば会社の前身ともいうべき社団が成立するが、わが商法の下では、いつ、どのようにして社団が成立するのかが明確ではない。のみならず、社団の実体は一連の設立手続を経て次第に成長・発展して来るものであるかのような印象を与えている。<sup>(一一二)</sup>

しかし、社団の設立とは、そのような手続の積み重ねによつて段々に出来上がつて行くものではなく、諸々の手続が行われた後の、ある時点、即ち、出資者側の「事業をさせる意思」が確定的なものになり、それに対応した「事業をする意思」の担手も団体の機関としての地位を確立される時点において、ということとは定款が確定された時点において一瞬にして出来上がる法現象である。

したがって、会社創立の決議を規定していた一九三七年ドイツ株式法三〇条九項のように、出資者をして「事業をさせる意思」を明示的に表示させ、定款を確定して社団を設立する意思を表示させるといふ制度を採用するならば、創立総会において創立決議がなされ、定款を確定する、即ち社団を設立する意思表示がなされた時点において社団は成立することになり、ここにクンツェの<sup>(一二三)</sup>いう合同行為を認めることができる。<sup>(一二四)</sup>

しかし、右に述べたような制度を採用していない現行法の下では、商法一八八条一項に規定された登記の起算日の要件となる手続を終了した時点において、社団を設立する意思が黙示的に表示されたと解するほかはない。

注(一〇九) 定款の法的性質については、中西正明・注(一) 注会(2)五四頁、同・注(一) 新注会(2)五五頁以下、深見芳文・注(八)

注会(1)二三五頁、大沢康孝・注(五九) 新注会(1)一九四頁以下、西本寛一・株式会社定款論「大同書院・一九三四年」九頁以下。

(一一〇) 前掲・注(二)の拙著および拙稿参照。

(一一一) このような捉え方は、同一性説はもとより、同一性説を批判する立場においても採られている「例えば、大賀・注(三) 法理一九五頁、西本・注(四)「発起人論」一二四頁、同・注(八七)「株式引受」一六九頁、津田・注(九)一一四頁・一一九

頁」。

(一二) 設立登記前の取締役や監査役の地位や権限に関しては学説の対立があるが〔前掲・注(九六) 参照〕、取締役や監査役が選任されただけの段階においては未だ社團は成立していないとする私見では、取締役・監査役には調査権限しか認められないことになる(前章九節参照)。

(一三) Kuntze, Der Gesamtkauf, ein neuer Rechtsbegriff, in: Festschrift der Leipziger Juristenakademie für Dr. Jur. Otto Müller, 1892, S. 78.

なお、クンツェの合同行為論については、大賀・注(三) 法理五二頁、西本・注(八七) 「株式引受」一八九頁以下、志田鉦太郎『クンツェ』氏ノ『ゲザンムトアクト』論二就テ」法学協會雑誌二卷六号(一九〇三年)七六四頁以下、野津 務「株式引受論(七)」法学協會雑誌四六卷八号(一九二八年)七二頁以下。

(一四) 一人設立の場合は、単独行為である。なお、発起設立の場合には創立總會という制度は採用されていないので、創立決議という形態をとって社團設立の意思表示を行う方式の採用ということを決めることはできない。したがって、発起設立の場合には、現行どおり、持回り等の方法によつて設立廃止が決められない限り、社團設立の黙示の意思表示があつたと解することになる。しかし、これは設立企画者たる発起人として行うのではなく、投資予定者たる株式引受人の立場において行うのである。

五 前節で述べた私見のような捉え方に対しては、様々な批判や反論が出されるであらう。その第一は、「設立行為」という概念は必要なのかという疑問、というよりは「百害あつて一利なし」という批判、あるいは設立手続のいくつかの段階を「設立行為」として論じることが、行為法上の意思表示理論をもつて社團法上の現象を律する誤謬を犯すものであつて、正当ではないという批判である。<sup>(一五)</sup>

これらの批判は、株式会社は種々の行為の積み重ねによつて成立すると説く一方、それら一連の行為は会社の成立という目的ないし効果に向けられた意思の実現行為であるという理由の下に、一体としての設立行為を認めてこれを合同行為と性質づけたり、<sup>(一七)</sup> 一個の法律行為としての設立行為を認める学説<sup>(一八)</sup> に対する批判としては正当である。



けだし、設立行為なるものが一連の行為の積み重ねから成るものであるのなら、それぞれの行為ごとに法律効果が発生するはずであり、会社の成立という効果は一個の法律行為の効果ではなく、各行為の法律効果の積み重ねの成果といわざるをえないからである。<sup>(一八)</sup>

これに対して、私見のように出資予定者たる株式引受人が定款を確定する行為を団体の設立行為と解する場合に、上記の批判は当たらない。その代りに、①定款を作成するのは発起人であり、会社設立の意思表示は発起人が定款作成という形態を採ってなしているの<sup>(一九)</sup>であつて、株式引受人が行うものではない。②「設立中の会社」の成立は事実上の効果であつて、意思表示の効果ではないし、<sup>(二〇)</sup>実体的な社団の形成行為である設立行為は存在しない。さらに、定款作成と発起人の株式引受によって「設立中の会社」の成立を認め、この両者をもつて設立行為と解する<sup>(二一)</sup>通説の立場からは、③株式引受を団体の設立行為に含めなくてもよいのか、という批判や反論が加えられるであらう。

注(一五) 八木・注(五) 一一七頁以下。

(一六) 田中・注(三) 概論上五〇頁。なお、松田・注(一八) 基礎理論二七五頁・二七六頁、同・注(一八) 理論一八七頁・一八八頁は、株式引受を単独行為あるいは合同行為と性質つけて、株式引受人に会社設立の意思があるかの如く解する説に対して、法律行為万能論の誤謬と批判される。

(一七) 大森・注(二) 一四六頁以下、野津・注(三) 設立論九一頁以下、同「会社設立行為と入社行為」注(二〇) 松本古稀一六七頁以下。

(一八) 大賀・注(三) 法理九頁以下・三一五頁以下・三三三頁、同・注(九) 会社法八六頁・八八頁注(一)。

(一九a) 同旨、西本・注(四) 「発起人論」一二四頁・一二七頁。

(一九) 大賀・注(三) 法理二九頁以下・七三頁・二〇六頁以下・三二六頁、同・注(九) 会社法五五頁・八六頁・八八頁、津田・注(九) 九〇頁以下、高鳥・注(九) 「設立行為」九四頁・一〇一頁、倉沢・注(九) 三二頁注(一)、宮島・注(九) 法研六六卷一号二〇八頁、同・注(九) 「設立手続」五一頁以下、服部・注(三九) 民商三六卷六号一八頁・一九頁・二二頁。

なお、山本為三郎「株式引受行為論争」法律時報七一巻七号（一九九九年）五四頁は、この説の分析を「高く評価できよう」とされる。

因に、八木・注（一五）「財团的構成」一五頁は「発起人による定款作成行為は、純然たる設立行為」とされていたが、八木・注（五）「設立手続」一二〇頁は定款作成を「とくに設立行為とするところに疑問を感じる」とされる。

（二〇）野津・注（三）設立論六四頁以下・二七九頁、同・注（一七）松本古稀一七七頁（なお、野津・注（一一三）法協四六巻八号七六頁以下は、会社の成立は意思表示の効果ではなく、法定の効果とされる、大賀・注（三）法理一二頁・九三頁注（八）、大野・注（九）七六頁、長谷川・注（九）愛知六一頁、同・注（九）会社法二二頁、宮島・注（九）法研六六巻一号一〇七頁以下・一一四頁注（一六）。

（二二）長谷川・注（九）愛知六一頁、同・注（九）会社法二二頁。同頁、宮島・注（九）法研六六巻一号一〇八頁。

（二三）北沢・注（一）会社法九四頁、石井編・注（三）三三三頁、竹内・注（一五）一〇〇頁、大隅・注（二六）二二三頁、石井・注（四一）二二二頁、鈴木・注（四一）四五頁注（二）、鈴木・注（四一）五四頁注（一）、田中（誠）・注（七一）一九八頁。

六 ①と②の見解は、主として、同一性説を批判する学説が唱えるところであり、同一性説を批判するという点においては私見と一致しているが、その考え方は私見とは根本的に異なっている。

というのは、発起人が定款を「作成」という点は間違いではないし、これによつて発起人はどのような事業を目的とし、どのような規模と組織を備えた会社を創ろうとしているのか、その計画を確定することになる。しかし、これはあくまでも第三者として、つまり将来成立するであろう会社の外側に立つて、このような会社を創らんとする企画を明確化したに止まり、この定款が自治規範として拘束力を有するようになるわけではない。けだし、この段階においては、未だこの定款に拘束される出資者もいなければ、機関も存在していないからである。

この定款が意思表示に基づく自治規範として拘束力を有するようになるためには、拘束力を持たせたいと欲する

人が、そのような効果意思を表示しなければならない。自治規範としての拘束力という法律効果を發揮させたいと欲するのは出資者であるが、財団の場合であれば寄附行為者が寄附行為を作成するように、社団の場合には「社員」と呼ばれる出資者が定款を確定するのであり、この点は、組合において組合員と呼ばれる出資者が組合契約と呼ばれる自治規範を作成するのと何ら違いはない。

しかし、組合は「共同して事業をする意思」をもった人達の結合体であるから、出資者が自らの手で規範を作り上げて行くことが出来るし、作り上げなければならない。これに対して、社団は「事業をさせる意思」で出資する人を多数、集めるのに適した団体であり、そのような出資者は組合の場合のように自らの手で規範を作り上げる能力に欠け、したがってそのような意思を有しないことが多い。

そこで、「発起人」と呼ばれる人が専門的知識や経験を生かして、会社の設立を企画し、出資者を募ることになるが、それが金銭消費貸借契約ではなく、出資契約として行われるためには、出資者を団体の意思形成に関わらせる必要がある。

つまり、社団を設立する際に、その第一段階として、発起人が「作成」した定款に団体の自治規範としての効力を持たせなければならない。そのためには、「事業をさせる意思」で出資する人達の同意を取りつけておく必要がある。かくして、出資者の同意を取りつけたものが定款として確定されるのであり、発起人が「作成」したものは定款の草案にすぎない。

なお、発行される株式全部を発起人が引受けてしまい、「事業をさせる意思」で出資する人を募らない、発起設立の場合には、発起人が定款を「作成」した段階で定款として確定されたと解してもよさそうに見える。しかし、発起人全員で株式全部を引受けたとしても、それだけでは株式会社の前身となるべき団体は形成されていないのである。

つまり、発起人全員で全株式を引受けたとしても、彼らは「共同して事業をする意思」をもって出資するわけではないから、そこに人的結合体としての組合が形成されるわけではない。まして、株式会社の前身となる社団が形成されているわけではない。この段階において存在している共同事業体としては発起人組合があるにすぎない。そして、発起人の立場で「作成」した定款は、あくまでも将来成立する社団の定款草案にすぎない。したがって、これを社団の自治規範とするためには、「事業をさせる意思」で出資することにした株式引受人の立場において定款として確定する必要がある。この場合、発起人という立場と株式引受人という立場とは利害関係を異にしているし、設立手続に關与する際の立場も異なっている。

あるいは、ここに述べた発起人の立場と株式引受人の立場の違いは理論上の違いに止まり、實際上の差異は存在しないではないかという疑問があるかも知れない。しかし、定款草案の段階であれば、その内容を修正することは設立手続をやり直すことを意味しており、これに同意しない発起人は発起人組合を脱退することが出来る。<sup>(二三)</sup>これに對して、株式引受人として定款を確定する手続が採用されたとすれば、この段階においては、修正案を受け入れてもらえなかったり、意に添わない修正がなされたとしても、社団から脱退することは出来ないという違いがある。しかも、発起人組合における意思決定は頭数主義が原則であるのに対して、株式引受人として意思決定する場合には、出資の口数に應じて票数の差があるという違いがあり、上記のことは単なる理論上の問題に止まらない。

要するに、発起人は将来の会社の外部から、その設立手続に關与するに止まり、会社の実体をなす社団の内部に入って、団体を創り上げる任務を負うものではない。取締役や監査役を選任し、定款を確定することによって社団の設立に漕ぎ着けるのは、出資者の意思次第である。

したがって、発起人を設立手続の主導者と見るにしても、上記②の見解にいうように、発起人は会社の設立どころか、その前身である法人でない社団を作らんとする効果意思を有していると解することさえ出来ない。つまり、

発起人の意思表示の効果として「設立中の会社」が成立することはない。非法人社団としての「設立中の会社」が成立するのは、株式引受人の効果意思が明示的に、あるいは黙示的に表示される結果であつて、発起人が会社を創ろうとする意思は、法律行為の要素としての意思ではなく、発起人となつたり、発起人組合を作る動機に止まり、経済的・事実的な意志にすぎない。<sup>(二二五)</sup>

因に、創立總會における設立決議を設立行為とするクンツェの見解に対して、總會決議は法律行為ではなく、単なる客觀的事実、<sup>(二二四)</sup>ないし、法律事実<sup>(二二五)</sup>にすぎないとする見解がある。

法律行為という概念を個別・具體的な權利・義務關係の発生・変更・消滅という法律効果を直接的にもたらす意思表示に限定するならば、ほとんどの總會決議はこのような効果をもたらすものではない。しかし、法律行為とは当事者の意思に基づいて制定され、当事者の間において拘束力を有する社会規範であると解するならば、<sup>(二二六)</sup>定款と同じように總會決議も当該団体の内部を拘束する社会規範であり、法律行為といふことができる。

したがつて、設立決議によつて明示的に定款を確定する制度を採用するならば、野津博士が説かれるように、団体設立行為は規範設定行為であることが明らかに<sup>(二二七)</sup>なるが、このような制度を採らない場合には、設立廃止を決めな<sup>(二二八)</sup>いで設立手続を終えたときに、定款が確定され、黙示的な規範設定行為があつたことになる。

なお、クンツェのように決議を合同行為とするときは、總會に出席しなかつた者や出席したが棄権した者、あるいは反対の意思を表明した者は、合同行為に対して如何なる意義を有するの<sup>(二二九)</sup>かについて説明しえないとする批判がある。しかし、多数決によつて団体の意思を決定する場合、即ち、その団体限りの社会規範を制定する場合、多数派の意思が全体意思と看做されて、少数派や欠席者・棄権者をも拘束する点は、国会で法律を制定する場合と同じことである。

注(二三) 発起人組合からの脱退については、平出・注(一) 設立九五頁以下、北沢・注(一) 注会(2)四七頁、同・注(一) 新注会

(2)四九頁、同・注(五) 研究一〇頁、野津・注(三) 設立論一〇三頁。

(二三a) 同旨、八木・注(五) 「設立手続」一二〇頁、野津・注(一一三) 法協四六卷八号七六頁以下。

(二二四) 野津・注(一一三) 法協四六卷八号七九頁(註二九〇)。

(二二五) 大森・注(一) 一九八頁、松本泰治「会社設立行為性質論」商法解釈の諸問題「有斐閣・一九五五年」一六七頁(初出・

法学新報二五卷五号「一九一五年」)。

(二二六) 法律行為を社会規範と解し、裁判規範としての法源の重要な部分に位置づける私の見解については、拙稿「法律行為

論」再検討の動き——法律学における理論と実用——佐賀大学経済論集八卷一―二合併号(一九七五年) 一八七頁以下、

運井良憲編・商法総則・商行為法(商法講義Ⅰ)「法律文化社・一九七五年」一四二頁以下(「鷹巢信孝」)。

(二二七) 野津・注(三) 設立論九五頁、同・注(一一七) 松本古稀一八五頁。

(二二八) 創立総会の終結は一個の事実であつて法律行為ではない「西本・注(四) 「発起人論」一二五頁以下」とか、創立総会

において設立廃止の決議がなされることなくして終結することが会社成立のための一つの法定条件とされているにすぎない  
「大森・注(一) 一九八頁、松本・注(二五) 一七八頁以下」と説かれているが、創立総会の終結に法律行為としての意味が  
あるのではなく、設立廃止の決議がなされなかったことに意味があるのである。

(二二九) 西本・注(八七) 「株式引受」一九二頁。

七 株式引受の法的性質という問題は、設立行為の法的性質の問題と関連して、かつては概念法学の愛好のテーマ  
の一つとして華やかに議論がなされ、学説も乱立していた。<sup>(三〇)</sup>

わが国では、発起設立の場合と募集設立の場合とを統一的に構成すべきなのか、区別して把握すべきかという根本的な問題を残しながらも、募集設立における一般の株式引受は発起人による定款作成と最低、一株づつの株式引受によって形成された「設立中の会社」への入社契約と解する説が大勢を占めている。<sup>(三一)</sup>そして、発起人の株式引受については、定款と合して「設立中の会社」を成立させる合同行為と解するのが通説となっている。<sup>(三二)</sup>

松田博士のように、発起人の設立行為を組合契約と解し、「設立中の会社」は初期の段階では組合であると解する場合<sup>(一三三)</sup>には、株式引受に関する右の通説のような解釈が成り立つ余地も残されているであろう。<sup>(一三四)</sup>しかし、概に検討したように<sup>(一三五)</sup>、松田説には多くの理論的難点が含まれていて、到底、支持するに耐ええない見解である。のみならず、株式会社の法的性質を社団と解する通説は、「設立中の会社」も社団と解しているが、この点に関する限りでは通説を支持することが出来る。だとすれば、組合説に立脚した構成の余地はないことになる。

さて、通説が主張しているように、「設立中の会社」は成立後の会社と同一性を有する社団であるとすれば、団体としての組織・機構の同一性を要するだけでなく、事業目的も同一性を要し、団体の自治規範である定款が効力を発揮している必要がある。したがって、成立後の会社と同一性を有する社団の成立時期は、設立登記を除いて、会社設立に必要な手続が完了した時点ということになる。<sup>(一三七)</sup>

だとすれば、発起設立の場合に、発起人が全株式を引受けただけでは社団は成立していないことになる。まして、募集設立の場合に、発起人が最低、一株づつ引受けただけでは、社団の成立を認めえないことは当然である。したがって、募集設立における一般の株式引受を「設立中の会社」への入社契約と解する通説を支持することは出来ないことになる。

のみならず、社団にあつては、出資者は「事業をさせる意思」をもつて関与するに止まり、組合のように複数の出資者が「共同して事業をする意思」をもつて結合するものではないとする私見からすれば、<sup>(一三八)</sup>一般の株式引受について団体構成員となる意思を読み込むことが出資者の意思に反する<sup>(一三九)</sup>だけでなく、発起人の株式引受についても、そこに定款の作成と合して団体設立の意思を読み込むことは社団の論理構造に合わないことになる。<sup>(一四〇)</sup>

それでは、株式引受をどのように理解すればよいのであろうか。まず、発起人の株式申込は会社が成立すれば出資をする意思（事業をさせる意思）がある旨の一方的表示であり、一人設立の場合や、発起人組合の内部で事前に

割当の調整がついている場合には、右の一方的意思表示によって当然に株式引受人、即ち出資予定者となり、会社の成立を条件とした出資義務を負担することになる。なお、発起人組合の内部で事後的に割当を調整する必要がある場合には、この割当によって発起人は株式引受人となり、出資予定者たる株式引受人の将来の会社に対する条件付出資義務が生じることになる。

募集設立における一般の株式申込は、発起人による割当があれば将来の会社に出資をする意思（事業をさせる意思）がある旨の一方的表示を主たる内容とするが、それと同時に、発起人の企画を利用したい旨の申込を従たる内容として含んでいると解するのが妥当であろう。したがって、発起人による割当があると、株式引受人、即ち将来の会社に対する出資予定者として条件付の出資義務を負担する一方、発起人組合との間で社団の形成に関して請負い類似の契約が成立する。<sup>(一四二)</sup>

この請負い類似の契約に基づいて、発起人組合は株式引受人に対して将来の会社となるべき社団に瑕疵のないように設立事務を遂行すべき義務、例えば会社成立後、設立無効の訴などの紛争の原因となるような瑕疵を残さないように設立事務を遂行すべき義務を負い、<sup>(一四三)</sup>後者は前者に対して、株式引受人としてなすべき義務（例えば、商法一七七条の株式の払込み）を誠実に履行すべき義務を負うことになる。<sup>(一四四)</sup>

したがって、設立手続に瑕疵があったり、株式引受人が義務を果さなかったために、株式引受人や発起人に損害を与えた場合、賠償義務が発生する。このように解する立場からは、商法一七九条三項は当然の規定であるが、一九三条二項は株式引受人に対する関係では、悪意・重過失の場合に連帯債務としたところに意義があることになる。<sup>(一四五)</sup>

注（一三〇） 田中・注（三）概論上二六九頁。なお、松田・注（一八）理論一八三頁。

（一三一） 前掲・注（八七）参照。



- (一三二) 前掲・注(一二二) 参照。なお、発起人の株式引受の法的性質に関する学説については、前掲・注(八七)の文献のほか、田中 昭・注(二) 注会(2)一一五頁、同・注(二) 新注会(2)一三一頁、西本・注(四)「発起人論」六五頁以下。
- (一三三) 第二章二節参照。
- (一三四) 但し、松田博士は会社設立の法的性質は契約であつて、合同行為ではないとされる「松田・注(一八) 基礎理論三二二頁、同・注(一八) 概論四二頁、同・注(一八) 理論一八六頁以下」。また、一般の株式引受は入社契約ではないとされる「後掲・注(一三九) 参照」。
- (一三五) 第二章三節・第三章二節参照。
- (一三六) 前掲・注(一六) 参照。
- (一三七) 第二章七・八・九節・第三章四・五・六節参照。
- (一三八) 前掲・注(二) 参照。
- (一三九) 同旨、大賀・注(三) 法理三七頁以下・二二四頁以下・三二七頁、同・注(九) 会社法八六頁、西本・注(四)「発起人論」一二五頁、八木・注(五)「設立手続」一二二頁以下、同・注(二五)「財団的構成」一三頁以下、同「株式の引受について——株式純債権説の——」注(五) 財団論五五頁以下・八四頁(初出・神戸法学雑誌一〇巻一号「一九六〇年」、大野・注(九) 七五頁、高鳥・注(九)「設立行為」九四頁・一〇一頁、宮島・注(九)「設立手続」五一頁、松田・注(一八) 基礎理論二七〇頁以下(とくに二八八頁)、同・注(一八) 概論九八頁、同・注(一八) 理論一八七頁以下・二二八頁以下(とくに一九四頁以下・二一九頁、服部・注(三九) 民商三六卷六号一九頁)。
- 因に、「設立中の会社」を認めない立場からは、通説のように株式引受を「設立中の会社」への入社契約とすることは出来ない。そこで、将来成立する会社への入社契約と解する説として、野津・注(三) 法協四六卷九号一〇八頁以下・一四七頁以下、同・注(三) 設立論二四五頁・二七八頁、同・注(一七) 松本古稀一七七頁、倉沢・注(九) 三七頁、長谷川・注(九) 愛知八二頁、同・注(九) 会社法四五頁、安井威興「平成二年商法改正と株式会社設立理論」法学研究七〇巻一号(一九九七年)二四〇頁注38)。なお、大野・注(九) 七五頁、小橋・注(九) 五四頁。
- (一四〇) 結果同旨、前掲・注(一三九) の大賀説・八木説・服部説。
- (一四一) 大森・注(二) 一七六頁注(七) は、各発起人の引受けるべき株式数等は予め発起人組合契約で協定されているため、申込と割当という形は實際上、顕現して来ないが、觀念上は発起人組合による割当が黙示的にせよありうるとされる。
- (一四二) 一部同旨、平出・注(二) 設立一三三頁以下・二二四頁・二二二頁・二七九頁以下・三〇一頁以下・三〇八頁以下、同・

注(一六) 北法二二卷三号五〇頁以下・五九頁以下(但し、平出説では「設立中の会社」への入社契約の申込も含まれている)、西本・注(四)「発起人論」一一九頁以下、竹内・注(一五)一〇三頁。

(一四三) 平出・注(一) 設立二二頁・二七九頁・三〇一頁。これに対して、野津・注(三) 設立論二五六頁以下、大賀・注(三) 法理二三四頁以下は株式引受人は発起人に對し、当然には設立手続遂行の請求をなしうるものではないとされる。

(一四四) 株式引受人には積極的に会社を成立させるように努力する義務はない「佐藤 庸・注(一) 注会(2)三〇四頁、青竹正一・注(一) 新注会(2)三七七頁」としても、株式引受人として履行すべき義務を果たすことは発起人に對する義務である「同旨、西本・注(八七)「株式引受」二二七頁以下」。

(一四五) 平出・注(一) 設立三〇五頁は、発起人は株式引受人に對して当然に責任を負うのであるから、株式引受人は一九三条二項の「第三者」には含まれないとされる。

なお、右の第三者の範圍に関する判例・学説については、佐藤・注(一四四) 注会(2)三〇四頁以下、青竹・注(一四四) 新注会(2)三七三頁以下。

八 前節において述べた私見に對して、いくつかの疑問が生じるかも知れない。その第一は、発起設立であれ、募集設立であれ、株式引受は将来成立するであろう会社に出資する(事業をさせる)旨の株式申込人の一方的意思表示が、発起人組合による割当によつて効力を有するに至ることだと解する場合、「どのようにして」出資者の団体が出来るのであろうかという疑問である。つまり、これでは出資者の人的結合關係は生じえないではないか、という疑問である。

しかし、私見においては、組合とは異なり、社団の出資者間には共同事業を行うための人的結合關係は存在せず、各人は「事業をさせる意思」で出資しているにすぎない。したがつて、この意思に對應して「事業をする意思」の担手となる機關の組織体を創らなければならないが、わが商法の下では設立廃止を決めないで、設立手続を完了した時点において、「事業をさせる意思」の持主たる出資者が社団の根本規範たる定款を確定する黙示の意思表示をし

たことになり、純粹に理論的にいえば、ここに社團が形成されることになる。

第二の疑問として、定款の確定によつて社團が成立しているのであれば、出資者はこの社團に対して出資義務を負うべきなのに、「どうして」将来の会社に対して停止条件附の出資義務を負うのかと指摘されるであらう。<sup>(二四六)</sup>

この点については、第二章一〇節において触れたように、出資者は株主有限責任という特典が認められる株式会社に投資するのであつて、そのような特典が認められていない非法人社團に出資するものではない。したがつて、純粹に理論的に見れば、定款の確定によつて社團は成立するのであるが、株主有限責任という政策を加味すると、右の社團の成立も条件附の成立にすぎず、實際からすれば、会社が成立するまでは社團は成立していないのと差ないことになる。

出資義務は会社成立を停止条件として発生すると解するにしても、そのように解することは、商法一七〇条一項や一七二条・一七七条一項と調和しえないのではないかと第三の疑問が出されるであらう。

理論的にいえば出資の履行は義務が確定した後に行えばよいはずである。にも拘らず、商法が出資義務の履行時期を繰り上げているのは、株主有限責任という政策的な特典を認めることに對して会社債権者保護という政策を必要とするが、そのような政策の中心に「資本充実の原則」を据えており、この政策の一環として、会社成立前に出資をさせていると解するならば、<sup>(一四七)</sup>私見と商法の規定の間に何ら矛盾するものは存在しない。

そして、右のような理解に立つと、払込取扱銀行への株金払込は株式引受人が将来の会社に対する出資金を預託するものであり、会社が成立すると同時に会社に対する出資金となる。また、現物出資の目的とされた財産は将来の会社に対する出資義務の履行として発起人に「給付」されたものであり、会社の成立と同時に会社財産となる。

この關係は、株式引受人を委託者、払込取扱銀行および現物出資の目的物を受領している発起人を受託者、将来成立する会社を受益者とする信託關係と解することが出来る。<sup>(一四八)</sup>

なお、この信託関係は信託契約に基づく真性の信託関係なのか、それとも信託に類似した関係なのかという対立

(一四九)

(一五〇)

が見られるが、会社成立前に出資を履行させることが法定の政策であるのだから、これも法定の信託関係と解してよいのではあるまいか。そして、払込取扱銀行に払込ませることも「資本充実」政策の一環なのであるから、この銀行を受託者と位置づければ足り、払込取扱銀行との委任契約は発起人が行うということで、この銀行を受託者たる発起人が「自己二代リテ信託事務ヲ処理セシムル」者（信託二六条一項）と位置づける必要はない。にも拘らず、そのような位置づけをするのでは、一定の時期までに創立総会が終結しなかったために株式の申込が撤回されたり（商一七五条二項十一号）、会社不成立となった場合に、払込取扱銀行は発起人の指示を待つまでもなく、自らの判断に基づいて払込金の返還をなすことは出来ないのか、という厄介な問題が生じる。

(一五二)

因に、払込取扱銀行が商法一八九条二項の責任を問われないためには、「いつ」から払込金の払戻請求に応じればよいのかという問題があり、創立総会終了時説と会社成立時説とに分かれている。

(一五三)

創立総会終了時説は、創立総会が終了すれば社団の実体は完成しており、しかも、発起人とは異なり、取締役は株式引受人の信任の下に目的たる事業を遂行するために選ばれたのであるから、業務執行の一環として株式払込金の払戻請求をなすのは当然であると解している。たしかに、純理論的には、取締役が社団の業務執行機関を構成するようになるのは、社団の実体が完成した時、即ち設立手続の検査や調査が完了して、設立廃止をしないことに確定した時点ということになる（第二章九節・第三章四節）。したがって、理論上は、この時点から代表取締役は払込金の返還を請求しうることになる。

しかし、商法は会社として成立した時点から会社の業務執行は行われるべきであるという考えを採っている。会社としての存在や規模を公示する前に事業活動を開始して債務を負担し、会社財産を引当とすることは好ましくないという政策判断をしているからである（第二章一〇節）。したがって、「資本充実」政策に協力すべき払込取扱銀

行としては、会社として成立した後の代表取締役の払戻請求には応じなければならないが、それ以前の段階における払戻請求に応じる義務はないと解すべきである。にも拘らず、会社成立前に返還請求に応じたときは自己の危険において払戻したことになる。

注（一四六） 同旨、野津・注（三） 設立論三〇一頁、大賀・注（三） 法理二二一頁・二三四頁、西本・注（四）「発起人論」一一八頁。反対、平出・注（三） 北法一三卷二七七頁以下。

なお、株式申込人の株式引受は会社不成立を避ける解除条件とする契約であると解する説があるが「北沢・注（一）会社法編・注（三）四八一頁」、これは株式引受を「設立中の会社」への入社契約と構成する一方で、会社不成立の場合に株式引受人に一切の責任を負わせないようにしている一九四条を政策規定とは解さずに、入社契約説と論理的に整合させるための苦心の技巧である。一九四条をめぐる学説の対立については、後掲・注（一七三） 参照。

（一四七） 同旨、大賀・注（三） 法理二二三頁、西本・注（四）「発起人論」九一頁以下・一一八頁、同・注（八七）「株式引受」一九九頁、八木・注（三九）「株式の引受」七三頁、大塚市助「株主の出資義務」株式会社法講座第二卷「有斐閣」一九五六年」四五〇頁。

なお、株式会社においては金銭出資が原則で、現物出資は例外と解する説が多いが、「後掲・注（一五六）参照」、これも「資本充実」政策によるものであって、社団の法理から当然に派生するものではないと考える。

（一四八） 後掲・注（一四九）・（一五〇）の大賀説・野津説・西本説のほかに、信託関係の存在を認める見解として、田中・注（三）責任論三七〇頁、津田・注（九）一二〇頁、大野・注（九）七五頁・七六頁、高鳥・注（九）「設立行為」九五頁、倉沢・注（九）四八頁など。

信託法理に依拠することに反対、ないし批判する見解として、平出・注（一）設立八九頁、同・注（三）北法一二卷二九四頁、同・注（三）演習九二頁、川又・注（一）新注会（二）三〇二頁、同・注（八）注会（一）二〇三頁、鍛冶・注（一五）法論三五卷四一五―六合併号八〇頁以下、松本・注（九九）一七一頁、安井・注（三九）二二八頁以下（とくに二二二頁以下）。

（一四九） 大賀・注（三） 法理二四五頁以下・二六四頁・二七〇頁以下・三一八頁以下、同・注（九）会社法八八頁。

(二五〇) 野津・注(三) 法協四六卷九号一三六頁以下、同・注(三) 設立論一〇五頁以下・二七六頁(信託関係ではないが、信託関係に似ているから、信託法の規定を類推適用すべしとされる)、西本・注(四)「発起人論」九二頁以下・一四二頁以下、同・注(八七)「株式引受」二二二頁(信託法上の信託ではなく、広義の信託関係であって、信託法の規定を適用はしえないが、類推しうるとされる)。

(二五一) 大賀・注(三) 法理二四六頁・三二八頁以下、同・注(九) 会社法八八頁および注(8)。

(二五二) 安井・注(三九) 二二二頁・二二九頁。なお、二二五頁では「払込取扱銀行は設立中の会社または発起人の単なる代行機関ではなく、発起人から授權された範囲を超える権限を有しており、とくに株式引受人の代理代行機関でもあると解すべきである」とされる。

(二五三) この問題に関する判例・学説については、谷川 久・注(一) 注会(2)二四九頁以下、同・注(一) 新注会(2)三一三頁以下、鴻 常夫「株式払込取扱銀行の責任」会社法の諸問題Ⅰ「有妻関・一九八八年」八八頁以下(初出・鈴木竹雄編・銀行取引の法律問題「有妻関・一九六七年」)。

なお、平成二年の商法改正により、発起設立の場合にも払込取扱銀行に払込むことになったので(商一七〇条二項)、「創立總會終了時」というのは適切でなくなった。今後は「設立手続の調査終了時」とでも呼び直す必要がある。

九 「事業をさせる意思」をもって株式を引受けた出資予定者が、発起人が担っている設立事務の進み具合や経済情況などを勘案して出資をする決意を固め、発起人が作成していた定款草案を基にして定款を確定すると、それまでは単なる調査機関でしかなかった取締役や監査役は業務執行機関や監査機関に就任し、彼らが選任された本来の職務のために権限を行使しうようになる。

ここに、社団に必要・不可欠な構成要素が揃い、これまでは設立事務担当者である発起人の下に群れていたにすぎない株式引受人の集団は、彼らの「事業をさせる意思」に対応して「事業をする意思」の担手となる機関の組織体の下にまとめられて、法律上の団体を構成する機関の一部となる。<sup>(五四)</sup>

とはいえ、これは、あくまでも社団に関する一般理論上のことであって、この社団が株式会社として活動できる

ようになるには設立登記をまたなければならないが、設立登記を経て会社として成立した時点から、定款の変態設立事項も効力を発揮して、会社を拘束するようになる。

定款の変態設立事項は、団体の規模や組織について基本的なことを定めたものではなく、会社が成立した時に、会社に帰属すべき権利や義務について定めたものにすぎない。したがって、変態設立事項は、団体の根本に関する自治規範としての定款の本質的内容をなすものではない。

しかし、株式会社は株主有限責任という特典を認められる反面として、「資本充実」という政策的な規制を加えられており、その一環として、会社の財産的基盤に負の影響を与えるおそれのある重要事項を原始定款の草案に記載させて（商一六八条一項）、公証人の認証を受けさせ（商一六七条）、検査役の調査を経た上で、裁判所または創立総会が内容を変更したり、削除することを認めているが（商一七三条・一八一条・一八五条）、変更されたり削除されずに定款として確定されると、会社を拘束することになる。<sup>（五五）</sup>

ところで、一口に変態設立事項、ないし危険な約束といっても、会社の財産的基盤に悪影響を及ぼすおそれがあるということでは共通しているものの、商法第一六八条一項五号の現物出資と他の事項とは、その法的性質を異にしている。というのは、他の四つの事項は会社成立後において、会社が発起人や第三者に対して債務を負担することになる事項であるのに対して、現物出資は設立手続そのものに関わる事項であって、会社に具体的な債務を負担させるものではないからである。

にも拘らず、商法一六八条一項五号で現物出資を変態設立事項としているだけでなく、第二項において現物出資は発起人のみがなしうるとしているためか、株式会社においては金銭出資が原則であって、現物出資は例外的に発起人に限って認められるとするのが通説となっている。<sup>（五六）</sup>

たしかに、量の上からいえば金銭出資が多いであろうし、貨幣を有しておれば欲しい物はほとんど手に入るわけ

であるから、会社を設立する際に、必要とするだけの資本「金」を集めることができるかどうかは重大事である。しかし、理論的にいえば、組合の場合には現物出資は認められるが、社団の場合には現物出資をしてはいけないといふことは<sup>(一五七)</sup>ない。現物で出資したい旨の申込があつた場合に、発起人がその財産は事業遂行に必要であると判断すれば、発起人はその資産価値に見合う株式を割当ればよいわけであるし、逆に発起人の方から事業遂行に不可欠な財産を現物出資するよう要請する場合もあるであらう。

いずれの場合であれ、理論的には何ら障碍はないが、発起人による資産評価が適正に行われたのか、あるいは必要な資産による出資を許容しているのではないか、という問題が生じることが考えられる。出資者が無限責任を負う団体であれば、右の問題は団体内部の問題、ないしは団体に対する発起人の責任の問題で済むであらう。しかし、株主有限責任という特典が認められている株式会社においては、それだけに止まらず、会社債権者の利益保護という重要な問題が伴わざるをえない。そこで、商法は現物出資に関する事項を原始定款で確定させるとともに、昭和十三年の改正により、現物出資をなしうる者を発起人に限ることにしたわけである。

なお、昭和十三年の商法改正により、一六八条二項が追加される以前においても、現物出資をなしうる者は発起人に限るとするのが通説であつた。<sup>(一五八)</sup>というのは、現物出資に関する事項は定款および株式申込証に記載すべき事項であつて、後に変更されうるものであるから、現物出資による株式の引受は株式申込証によらずになされる必要があると解されていたからである。<sup>(一五九)</sup>

このような通説に対して、募集設立の場合に予め発起人と特定人との契約により現物出資を定め、これを定款に記載して創立総会の認定に付するという方法で、発起人以外の者が株式を引受けることは法律の認容するところであり、定款への記載という形式の下に、法律は株式申込証によらない引受という觀念を認めたと解しうるとする学説が主張された。<sup>(一六〇)</sup>



その当時の商法の下で、このような解釈が成り立つか否かは別にして、このような方式の下に発起人以外の者が現物出資をなしうるような明文規定を置くことは出来たはずである。にも拘らず、現物出資を例外と解していた当時の通説は、例外である現物出資をなす者に発起人としての重大な責任を負わせるのが立法論としても必要であると考えており、現物出資した者を発起人と看做すドイツ商法一八七条の発想とは逆に、現物出資をなしうる者を発起人に限定することになった。しかし、理論上は自由になしうる現物出資の利点とその弊害を調和させる方策としては、発起人以外の現物出資者にも発起人と同一の責任を負わせれば十分であろう。<sup>(六二)</sup>

注(一五四) 西本・注(四)「発起人論」九六頁・一三五頁以下・一四五頁は、創立総会の招集通知前は株式引受人は発起人を中心とした集合にすぎず、独立の団体を形成していないが、招集通知以後は発起人の手を離れた独立の団体とされる。しかし、この段階においては社債権者集会程度の団体に止まつており、株式引受人は未だ社団の意思決定機関の構成員にはなりえていない。

(一五五) 変態設立事項に関する制度の沿革や概要については、上柳克郎・注(一) 注会(2)八七頁以下、同・注(一) 新注会(2)九四頁以下。

(一五六) 上柳・注(一) 注会(2)九二頁、同・注(一) 新注会(2)一〇一頁、北沢・注(一) 会社法八九頁、平出・注(一) 設立一七一頁、田中・注(三) 概論上二五五頁、大賀・注(九) 会社法六三頁、宮島・注(九)「変態設立事項」五七頁、実方・注(二九) 一七九頁など。なお、昭和一三年改正前の説として、片山・注(九九) 一七八頁、岡野・注(九九) 二四三頁、松本・注(九九) 一二五頁。

(一五七) 同旨、大隅・今井・注(一六) 二〇〇頁、片山・注(九九) 一七九頁。

(一五八) 松本・注(九九) 一二六頁。なお、片山・注(九九) 一八三頁注82。

(一五九) 片山・注(九九) 一八三頁以下、松本・注(九九) 一二六頁。

(一六〇) 片山・注(九九) 一八四頁。

(一六一) 松本・注(九九) 一二六頁。なお、上柳・注(一) 注会(2)九六頁、同・注(一) 新注会(2)一〇六頁。

一〇 商法一六八条一項六号の財産引受は現物出資の脱法行為として行われるのを防止するために規制の対象とされたのであるが、この財産引受の効果が成立後の会社に帰属することを法理的に根拠づけるのは難かしい。<sup>(一六三)</sup>

というのは、通説のように発起人を「設立中の会社」の業務執行機関と解するにしても、原始定款の草案に記載されるべき財産引受契約は定款草案が作成される以前に締結されていなければならない。ということは、この段階においては未だ「設立中の会社」は成立しておらず、したがって発起人が「設立中の会社」の業務執行機関として財産引受契約を締結することはありえないことになる。だとすれば、財産引受は「設立中の会社」の業務執行機関である発起人の権限を例外的に拡大したのか、それとも制限したのかという従来の議論は、その立論の前提を欠いた、全く意味のない議論ということになる。<sup>(一六四)</sup>

それはともかくとして、法定の要件を充たした財産引受の効果は、どのような法理的根拠に基づいて成立後の会社に帰属するのであろうか。これを、第三者のためにする契約と解する説もあるが、財産引受契約によって発生する権利だけが会社に帰属し、債務は契約当事者である発起人に留まるわけではないし、そもそも発起人自身が個人的に、あるいは発起人組合として契約当事者となるわけではないから、この説は妥当ではない。<sup>(一六五)</sup>

それでは、財産引受契約を記載した定款に発起人全員が署名すれば「設立中の会社」が成立し、「設立中の会社」の成立と同時に「設立中の会社」による追認があるのだろうか。この説は、「設立中の会社」は発起人の定款作成によって成立する点がまず問題であるが、通説のように定款作成と発起人による最低、一株の株式引受によって「設立中の会社」が成立するとする立場に立ったとしても、この財産引受契約を「設立中の会社」が追認すると構成することは出来ない。けだし、財産引受は「会社ノ成立後ニ譲受クルコトヲ約シタ」取引であって、「設立中の

会社」が譲受けることを約するものではないからである。

だとすれば、財産引受は発起人（となる予定者）が成立後の会社を本人とする不在者のための無権代理行為、ないしそれに準じた行為であり、定款草案への記載や検査役による検査を経て、株式引受人ないし創立総会による明示または黙示の承認があれば追認がなされたものと解すべきであろうか。

しかし、発起人（予定者）は将来成立する予定の会社の代理人と称して契約をするとは限らないし、そのような資格において契約しなければならないわけではない。たとえ、発起人（予定者）は将来の会社のために考えた上での行動をとるとしても、法律的面に見れば、むしろ、会社が成立した暁には会社に財産を譲渡してもよいという売主の意思を、将来の会社に伝達することが発起人（予定者）の役割りになっている。だとすれば、財産引受の理論構成は、発起人（予定者）を「設立中の会社」ないし成立後の会社の側に置いて考えるのではなく、財産譲渡人の側に置いて考える必要がある。

つまり、発起人（予定者）の行為は、将来成立するであろう会社のための無権代理行為、ないしそれに類似する行為というよりも、会社に財産を譲渡する側の意思を媒介するものである。したがって、将来成立した段階において会社の合意を得なければ、財産引受契約は成立しないことになる。そして、会社と発起人（予定者）との間には自己契約ないし双方代理（民一〇八条）の場合に見られるような利害の対立があり、しかも財産引受は現物出資の脱法行為として利用され易い。それ故に、会社の合意が効力を有するためには厳しい要件が付けられているわけである。

このように解するならば、会社設立手続の一環としての財産引受に対する規制と、会社成立後の事後設立に対する規制（商二四六条）<sup>（一六）</sup>の同質性と異質性も明らかになるであろう。つまり、この二つの規制は、会社財産を確保せんとする「資本充実の原則」の発現形態であるという点では、同質性を有している。しかし、これらの取引におけ

る発起人（予定者）の法律上の立場と取締役の法律上の立場の違い、即ち後者は会社の業務執行機関構成員として出資者によって選任され、監視されているが前者はそうではないという違いが、規制の内容に反映していることを理解できるであろう。

そして、財産引受と事後設立との同質性ということからすれば、土地・建物の賃貸借契約のように財産引受に包摂されない開業準備行為に対しても、財産引受に関する規定を類推適用することを認めることが出来る。しかし、財産引受と事後設立の異質性という点からすれば、原始定款に記載されていない発起人の開業準備行為について会社側から追認したり、事後設立の規定を類推適用することは認められないことになる。<sup>(一六九)</sup>

注(一六三) 財産引受に関する規定の沿革・趣旨については、上柳・注(一) 注会(2)九七頁以下、同・注(一) 新注会(2)一〇七頁以下。

(一六四) 財産引受が発起人の権限に含まれるか否かという問題に関する諸学説については、上柳・注(一) 注会(2)九八頁以下、同・注(一) 新注会(2)一〇八頁以下。なお、発起人の権限に関する、前掲・注(五三)の文献参照。

(一六五) 長谷川・注(九) 愛知六六頁・七〇頁以下・八四頁、同・注(九) 会社法三二頁・三六頁以下・四八頁。その他に、この立場をとる古い学説・判例につき、平出・注(五二) 北法一二卷一頁六二頁注(6)。

因に、長谷川雄一・基本商法講義「商行為法」補正版「成文堂・一九九三年」一七〇頁以下・二〇〇頁以下は、運送契約を第三者のためにする契約とされ、荷受人の権利の根拠づけに関する説明は財産引受に関する説明と似通っている。しかし、荷受人に運送賃などの費用支払義務が認められている点(商五八三条二項)や、荷送人の指図権(商五八二条一項)は第三者のためにする契約説にとって障害となる。

(一六六) 因に、財産引受が第三者のためにする契約か否かが問題にされた事件として、大阪地判・昭和三二年二月二四日・下民集八卷一二号二四五九頁、東京地判・昭和三七年三月二日・下民集一三卷三三三頁・五一八頁、東京高判・昭和三七年一月二日・下民集一三卷一〇号二〇四二頁、東京地判・昭和三八年三月一九日・判例時報三三二二二七頁。

(一六七) 上柳・注(一) 注会(2)一〇三頁以下、同・注(一) 新注会(2)一一五頁。なお、「設立中の会社」の成立前に発起人が「設

立中の会社」の業務執行機関のように装って契約を結んだ場合の「不在者のためになす代理行為」に関して、平出・注（一）設立一一七頁以下。

（二六八）事後設立に関する規定の趣旨・沿革については、大森忠夫『矢沢 惇編・注釈会社法（四）「有斐閣・一九六八年」一七一頁以下「長谷川雄一」、上柳克郎『鴻 常夫』竹内昭夫編・新版注釈会社法（五）「有斐閣・一九八六年」三〇三頁以下「谷川 久」。

（二六九）開業準備行為と発起人の権限に関する諸学説については、上柳・注（一）注会（二）九八頁以下、同・注（一）新注会（二）一〇八頁以下、北沢・注（一）会社法一一七頁以下、同・注（五）研究四二頁以下、平出慶道「発起人の開業準備行為の効果」商法の争点Ⅰ「有斐閣・一九九三年」三二頁以下。

なお、私見にいう社団の成立後、設立登記前に取締役が開業準備行為をした場合には会社の追認は可能であり、その取引が事後設立に類似しておれば商法二四六条を類推適用すべきであるが、この取引については株主有限責任の特典は与えられない。

一一 商法一六八条一項八号の「設立費用」とは、発起人が会社の設立に必要な行為を遂行するのに伴って生じる一切の費用をいうが、<sup>（一七〇）</sup>発起人が既に支払っている場合には、定款に記載され裁判所の検査、または創立総会の承認を得た金額の範囲内において会社に求償しうることにについて争いはない。しかし、発起人が負担した設立費用債務が会社成立時に未払いのままである場合に、誰がどのような責任を負うのかという問題については、見解が分かれている。

この問題については、①発起人が債務者であるから、債権者に対して発起人が全責任を負うべきであり、法定要件を充足した金額の範囲内において発起人は会社に求償しうるとする説、②会社が債務者であるから、債権者に対して会社が全責任を負うべきであり、法定要件を超える金額について会社から発起人に求償できるとする説、③法定要件を充足した金額の範囲内では会社が債務を負担し、それを超える部分は発起人が負担するとする説が主張さ

(一七二)  
れている。

発起人は自己の利益と危険において会社設立を企画し実行しているのであって、「設立中の会社」の業務執行を委任されたわけではないとする立場からすれば、①説が筋が通る。これに対して、発起人を「設立中の会社」の業務執行機関と解する通説の立場では、②説が筋が通ることになる。

このように、①説と②説のいずれの説も成り立ち得るのであるが、発起人を「設立中の会社」の業務執行機関と解して②説を採る場合には、会社不成立の場合に「会社ノ設立ニ関シテ為シタル行為」につき発起人に連帯責任を課し、設立費用についても発起人の負担としている商法一九四条と整合性を持たせる上で、大変な苦勞を伴うことになる。<sup>(一七三)</sup>

例えば、会社不成立の場合には「設立中の会社」は設立手続の当初に遡って消滅し、初めから存在しなかったことになるから、発起人以外には権利・義務の帰属主体となるべき実体は存在しておらず、したがって発起人に形式的にも実質的にも権利・義務が帰属することになり、商法一九四条はこの当然のことを明確にしたにすぎないとする説がある。<sup>(一七四)</sup>

しかし、設立後の会社と同一性を有する「設立中の会社」なる団体が成立したことを認めておきながら、法人格を取得するまでには至らなかったということで、この団体は設立手続の当初に遡って消滅するというのは、余りにも身勝手な御都合主義といわざるをえない。けだし、このような説明は、「設立中の会社」という概念を会社が成立した場合に、結果の側から説明するための便宜的手段としてのみ使用しているからである。<sup>(一七五)</sup>

そこで、このような批判を避けながら同一性説を貫くために、会社不成立の場合には「設立中の会社」は目的達成不能により解散して清算手続に入るが、商法一九四条は株式引受人を保護するために、政策的に全責任を発起人に負担させることにしたとする見解が登場するに至った。<sup>(一七六)</sup>

この説は、「設立中の会社」が解散して清算手続に入ると説くことによつて、会社設立手続を統一した過程の中で捉えようとしており、遡及的消滅説よりも現実的であると同時に、理論としての一貫性を保持しようとしている。とはいえ、「設立中の会社」が解散して清算手続に入るのであれば、その団体構成員となつていてと解されている株式引受人は残余財産分配請求権を有するのみで、株式払込金を全額払戻すよう請求する権利はないはずである。にも拘らず、株式引受人を保護する政策を採ると、どういう論理の下に株式引受人は「設立中の会社」の債権者と同一の立場に立てるようになるのか、全く不明である。<sup>(一七七)</sup>

さらに、解散＝清算説の最大の理論上の難点は、会社の不成立をもつて「設立中の会社」の目的達成不能と解していることである。そして、このような理解の前提として、「設立中の会社」の目的を会社として成立することと解していることである。このような捉え方をするならば、団体の目的とは定款所定の事業を指すとする通常の理解と異なるだけでなく、「設立中の会社」は自己目的的存在と化してしまい、自然人が目的を達成するための手段として創るはずの団体が、自然人と同一の存在と化してしまふという論理的矛盾を孕むに至ることは、既に述べたとおりである。<sup>(一七八)</sup>

そして、「設立中の会社」の目的を会社として成立することと解し、会社の不成立によつて目的達成不能となるが故に解散すると解するのであれば、逆に、会社として成立した場合には、目的の達成によつて「設立中の会社」は解散すると解さざるをえないことになる。<sup>(一七九)</sup>

しかし、このような解釈をしたのでは、同一性説と整合しないことは明らかである。ということは、「設立中の会社」の目的は会社として成立することであるという解釈は成り立ちえず、団体の目的に関する通常の理解と同じように、定款所定の事業を行うことが「設立中の会社」の目的であると解さなければならないことになる。<sup>(一八〇)</sup>そして、会社として成立すべき団体を形成する（ために必要な手続を行う）ことは発起人、ないし発起人組合の目的と解す

れば足る。

このように解することによって、発起人組合と「設立中の会社」という二つの団体を明確に区別・連関づけることが可能になる。従来の学説が両者を区別すべきことを強調しているにも拘らず、<sup>(一八)</sup>実際には両者の混同が生じているのは、発起人組合の目的と「設立中の会社」の目的を区別することなく、両者を混同して、非法人社団たる「設立中の会社」の目的を見誤っているからに他ならない。

注(二七〇) 設立費用の意義については、上柳・注(一) 注会(2)一〇四頁以下、同・注(二) 新注会(2)一一五頁以下、石井編・注(三) 二四一頁以下。

(二七一) 各学説の詳細や学説相互間の批判については、石井編・注(三) 二四三頁以下、北沢・注(五) 研究三六頁以下、大隅・

注(二六) 七〇頁以下、大隅・今井・注(一六) 二〇五頁以下、青竹正一「設立費用の帰属」商法の争点Ⅰ「有斐閣・一九九三年」三四頁以下。

(二七二) 前掲・注(九二)・(九三) 参照。

(二七三) 商法一九四条における発起人の責任の根拠や、会社不成立の場合における「設立中の会社」の命運に関する諸学説については、谷川・注(一) 注会(2)三〇七頁以下、同・注(二) 新注会(2)三七九頁以下、石井編・注(三) 四七七頁以下、大賀・注(三) 法理九九頁以下、北沢・注(五) 研究二三頁以下、平出・注(八) 商法Ⅰ五七頁以下、大野・注(九) 五七頁以下、佐藤・庸「会社不成立の場合における発起人の責任」注(八五) 責任論三〇三頁以下(初出・成蹊大政治経済論叢一三巻一号「一九六三年」)、大原栄一「会社不成立の場合の発起人の責任」注(二七) 商法の争点Ⅰ四二頁以下。

(二七四) 田中・注(三) 責任論三八八頁註四二・四〇二頁以下・四九二頁・四九九頁・五〇七頁以下・五二〇頁(但し、四九二頁以下は特別規定とされる)、同・注(三) 概論上二四八頁・二八八頁以下、石井編・注(三) 一六三頁・四七七頁以下・四八四頁、石井・注(四) 二二九頁以下。

(二七五) 趣及的消滅説に対する批判として、大賀・注(三) 法理一〇〇頁・三一頁、同・注(九) 会社法八七頁、西本・注(四) 「発起人論」一三四頁、大野・注(九) 六三頁以下・六八頁、高島・注(九) 「発起人」八五頁、小橋・注(九) 三五頁、安井・注(一三九) 二二九頁注(36)。



(二七六) 竹内・注(一五)一〇三頁・一二七頁、大隅・注(一六)二〇六頁・二七九頁以下、鈴木・注(四一)四六頁・七七頁注(一)、鈴木・注(四一)五六頁・九四頁注(二)、田中(誠)・注(七一)一四〇頁。

Vgl. Ulmer, N. 9., § 11 Rdn. 38 (S. 501); Barz, N. 9., § 29 Rdn. 13 (S. 238); Baumbach-Hueck, N. 16., § 11 Rdn. 26 (S. 171).

(一七七) 解散＝清算説に対する批判として、石井編・注(三)四八五頁、大賀・注(三)法理一〇〇頁・三一一頁、同・注(九)会社法八七頁、大野・注(九)七〇頁・七三頁、小橋・注(九)三五頁、石井・注(四一)二三九頁以下、安井・注(一三九)二四〇頁注(37)。

(二七八) 本稿第二章四節参照。なお、このように団体を自己目的的存在化させて、倫理的人格者である自然人と同じように取扱う捉え方が進んで行くと、八幡製鉄政治献金事件や三菱樹脂事件の最高裁判決「最(大)判・昭和四五年六月二十四日・民集二四卷六号六二五頁、最(大)判・昭和四八年二月二日・民集二七卷一十一号一五三六頁」のように、法人企業に基本的人権を認めることに連がって行く「拙著・注(二)四〇四頁」。

(二七九) 会社の成立によって「設立中の会社」は消滅すると説く見解として、野津・注(三)法協四六卷九号一四八頁、加藤良三・株式会社法Ⅰ「中央経済社・一九八四年」二九頁。

Vgl. Brodmann, Aktienrecht, 1928, § 200 Rdn. 1 a (S. 100); Ulmer, N. 9., § 11 Rdn. 5, 6, 11 u. 38 (S. 485, 486, 488 u. 501); Autenrieth, N. 9., S. 396; Baumbach-Hueck, N. 16., § 11 Rdn. 26 (S. 171); Meyer-Landrut, N. 16., § 11 Rdn. 11 (S. 157). なお、会社成立前の債務負担禁止の原則を放棄して差額責任説を採用した、一九八一年三月九日の西ドイツ連邦最高裁判決も、会社成立後は「設立中の会社」は消滅してしまっていることを、判例変更の理由の一つとして掲げていることにつき、小林・注(一六)九二頁。

因に、権利能力なき社団が権利能力を取得すると、前者は解散するとする説として、v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, S. 588f.

(二八〇) 本稿第二章四節・五節参照。

(二八一) 前掲・注(四六)参照。

一 二 発起人ないし発起人組合の事業目的は会社の前身たる団体、即ち設立登記を行えば会社として成立するに至

(一八二)

る社団を形成するために必要な準備作業をすることである。したがって、そのような社団が形成されると、目的は達成されて発起人の任務は終了し、発起人組合は解散する。<sup>(一八三)</sup> 逆に、社団が形成されない場合には、目的の達成は不能となり発起人の任務は終了し、発起人組合は解散する。<sup>(一八四)</sup>

いずれの場合であれ、発起人ないし発起人組合の業務として行つて来た行為について、発起人ないし発起人組合が債務を負担しておれば、自ら責に任ずるのは当然のことである。したがって、商法一九四条一項は発起人組合構成員としての責任を分割責任（民六七五条）ではなく、連帯責任としたところに意義があるにすぎない。<sup>(一八五)</sup>

そして、社団の設立事務は発起人ないし発起人組合固有の事務として行っている以上、それに要した費用は、会社の成立、不成立に関わりなく、発起人ないし発起人組合が負担するのは当然のことである。但し、発起人（予定者）が作成する定款草案に変態設立事項として「会社ノ負担ニ歸スベキ設立費用」を掲げ、爾後の法定手続を経て、草案が定款として確定され、会社が成立するに至れば、会社を拘束することになる。したがって、発起人の側から会社に対して定款所定の金額の範囲内で求償することが出来る。しかし、会社不成立となれば、発起人が作つた定款草案は会社の定款として効力を有しないことになるから、設立費用に関する事項も拘束力を得るに至らず、発起人の側から会社へ求償する根拠を欠くだけでなく、そもそも求償すべき相手方が存在しないことになる。したがって、商法一九四条二項は一項の具体例として、当然のことを規定しているにすぎない。<sup>(一八六)</sup>

なお、創立總會において発起人の意思に反して設立廃止の決議がなされたときには、株式引受人の側に会社不成立の積極的原因がある場合には、一九四条二項の適用はないとする説がある。<sup>(一八七)</sup> しかし、株式引受人の側には創立總會の運営に関して誠実義務はあるにしても、積極的に会社を成立させるように努力する義務はない。<sup>(一八八)</sup> それどころか、経済情勢や社会情勢を勘案しながら、会社を成立させるかどうか、即ち「事業をさせる意思」を固めて投資をするかどうかを決めるのは、株式引受人の自由である。にも拘わらず、一九四条二項不適用説を採用すると、今

度は逆に設立廃止に反対した少数派の株式引受人にも負担がかかるという、不適用説の予測外の問題が生ずることになる。

このようなことを考え合わせると、不適用説に反対する見解の方が妥当といわざるをえない。もし、右のような場合に発起人の免責が問題になるとすれば、株式引受人との間に結ばれている請負類似の契約に基づく責任（本章七節参照）についてである。

因に、同一性説は創立総会を「設立中の会社」の意思決定機関と解して、成立後の会社における株主総会に相当する位置づけを与え、設立廃止決議を成立後の会社の解散決議と等置している。<sup>(一九〇)</sup>

しかし、社団の法理としては、創立総会において設立廃止の決議をすることよりも、それをしないことの方に意味がある。というのは、創立総会において設立廃止の決議をしなかったということは、社団を設立する意思の黙示的な表示に他ならないからである。つまり、設立廃止の決議をしなかったということは、投資予定者である株式引受人が投資をする意思を固めて、「事業をさせる意思」を黙示的に表示したという意味を有している。かくして、この段階において、発起人が作成していた定款草案を基に、それを修正したり無修正のままで定款として確定し、それまでは設立手続の調査権限しか有していなかった取締役や監査役に対して、定款所定の目的事業を遂行する業務執行権限やそれを監査する権限が与えられ、ここに機関の組織体としての社団が形成されるのである。<sup>(一九一)</sup>

したがって、創立総会における設立廃止決議を成立後の会社の解散決議（商四〇四条二号・四〇五条）と同一視することは誤っている。<sup>(一九二)</sup>のみならず、創立総会における定款草案の修正を成立後の会社における定款変更（商三四二条・三四三条）と同一視することも誤っている。<sup>(一九三)</sup>しかし、これらの見解は「設立中の会社」を成立後の会社と同一視しすぎているから誤っているのではなく、未だ成立していない非法人社団、即ち「設立中の会社」を既に成立しているものと解し、この前提から出発している点が誤っているのである。

注(一八二) 設立登記の申請義務者は代表取締役とされているが(商登五五条一項・九二条)、これは株式引受人による明示、または黙示の定款確定によって成立した非法人社団、即ち「設立中の会社」の業務執行機関として行うのであって、既に成立している「設立中の会社」の業務執行機関である発起人にとって代った者として行う[川又・注(二) 注会(2)二二八頁、同・注(一) 新注会(2)二八一頁]のではない。

なお、会社成立前は発起人が「設立中の会社」の業務執行機関であって、取締役がとって代るのではないとするのが通説であるが[この点に関する学説の対立については、前掲・注(九六)の文献参照]、大賀・注(三) 法理八六頁は、この通説の立場では設立登記の申請が代表取締役によって行われる関係を、いかに説明するのであるうか、という疑問を呈される。

(一八三) 同旨、石井編・注(三) 一五八頁、長谷川・注(九) 愛知七八頁、同・注(九) 会社法四八頁以下、大隅||今井・注(一六) 一八五頁以下。なお、松田・注(一八) 基礎理論二五七頁。

Vgl. Ulmer, N. 9., § 11 Rdn. 21 (S. 495); Autenrieth, N. 9., § 392; Godin-Wilhelmi, N. 9., § 29 Rdn. 4 (S. 158); Baumbach-Hueck, N. 16., § 11 Rdn. 34 (S. 174)。なお、丸山・注(九) 二六頁注(10)。

(一八四) 同旨、石井編・注(三) 一五八頁、高鳥・注(九) 「設立行為」一一〇頁、長谷川・注(九) 愛知六五頁・七八頁、同・注(九) 会社法二八頁・四九頁、松田・注(一八) 基礎理論二五七頁、石井・注(四一) 二二九頁。

(一八五) 一部同旨、大賀・注(三) 法理三一〇頁、西本・注(四) 「発起人論」一一七頁以下、長谷川・注(九) 愛知六五頁・七八頁、同・注(九) 会社法二八頁。

(一八六) 同旨、野津・注(三) 設立論三〇〇頁、長谷川・注(九) 愛知六五頁、同・注(九) 会社法二八頁。

(一八七) 鈴木・注(四一) 七七頁注(1)、鈴木||竹内・注(四一) 九四頁注(二)。同旨、平出・注(一) 設立三〇二頁、同・注(三) 北法二二巻二号八六頁、同・注(一六) 北法二二巻三号六〇頁、大隅・注(一六) 七七頁注(3)、大隅||今井・注(一六) 二八二頁。

(一八八) 前掲・注(一四四) 参照。

(一八九) 谷川・注(二) 注会(2)三二一頁、同・注(一) 新注会(2)三八三頁、石井編・注(三) 四七八頁以下、西本・注(四) 「発起人論」一二二頁、大野・注(九) 七九頁以下、佐藤・注(七三) 三一九頁、小町谷操三「発起人の責任」注(一) 株式会社法講座一三〇三頁。

(一九〇) 北沢・注(二) 会社法一〇六頁、平出・注(一) 設立二四四頁、長浜・注(一) 注会(2)一九〇頁・二〇七頁・二一八頁、同・注(二) 新注会(2)二二七頁・二五六頁・二六九頁、田中・注(三) 概論上二七五頁、石井編・注(三) 三六〇頁、大隅||今

井・注（一六）二四四頁、石井・注（四一）二三三頁、鈴木・注（四一）六三頁、鈴木・竹内・注（四一）七八頁など。

なお、田中（誠）・注（七一）二二〇頁以下は、創立総会は「設立中の会社」の議決機関であるが、会社の成立の可否を決するものであり、成立後の株主総会とは権限および性質を異にするとされる。

（一九二）長浜・注（二）注会（二）二七頁以下、同・注（一）新注会（二）二六九頁、田中・注（三）概論上二七八頁。

これに対して、石井編・注（三）四七七頁以下、石井・注（四一）二三九頁は会社不成立を会社成立後の解散と同様に取扱うのは妥当でないとして、両者を等置する見解を疑問視される。

（一九一a）発起設立の場合については、前掲・注（一一四）および本章六節参照。

（一九二）長浜・注（二）注会（二）二七頁以下、同・注（一）新注会（二）二六九頁。

（一九三）石井編・注（三）二四四頁、石井・注（四一）二〇〇頁、田中（誠）・注（七一）一六五頁。なお、大賀・注（三）法理一

〇一頁。

〔未完〕